

Jurisprudência sobre auxílios de Estado

António Carlos dos Santos (coordenador)

Eduardo Maia Cadete

Cátia Sousa

Sofia Ricardo Borges

1. Breve roteiro para a análise dos casos portugueses de auxílios de Estado
 - 1.1. Conceito e regime dos auxílios de Estado
 - 1.2. Bibliografia específica sobre auxílios de Estado em língua portuguesa
2. Principais casos de auxílios de Estado suscitados em tribunais nacionais
 - 2.1. O caso Cruz Vermelha Portuguesa
 - 2.2. O caso Fábrica de Tabacos Micaelense
 - 2.3. Os casos do Instituto do Vinho e da Vinha
 - 2.4. Os casos da Carris – Companhia Carris de Ferro de Lisboa, S.A.

1. BREVE ROTEIRO PARA A ANÁLISE DOS CASOS PORTUGUESES DE AUXÍLIOS DE ESTADO

1.1. Conceito e Regime dos Auxílios de Estado

1. O instituto dos Auxílios de Estado (AE), embora com antecedentes no GATT (hoje OMC), é tipicamente uma originalidade europeia, de natureza política e jurídica. Nascido no contexto da (entretanto extinta) Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA, Tratado de Paris, 1951) que afirmava a proibição e abolição dos AE, este instituto transitou, numa versão mais flexível, para a (então) Comunidade Económica Europeia (CEE, Tratado de Roma, entrado em vigor em 1.1.1958), assumindo a forma de **princípio de incompatibilidade** dos AE com o mercado comum. É interessante sublinhar que a redação das normas que regem o instituto dos AE manteve-se, quase sem alterações, ao longo de seis décadas, apesar das controvérsias e litígios de que foi alvo e das profundas modificações ocorridas nos Tratados europeus que conduziram ao alargamento do espaço comunitário e à metamorfose da CEE em União Europeia.

2. Os Tratados não fornecem uma **noção de AE**. Mas da prática decisória da Comissão e, sobretudo do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), deduz-se estarmos perante uma noção muito ampla que, numa primeira aproximação, tende a abranger medidas específicas ou seletivas atribuídas, independentemente dos seus objetivos e da sua forma, pelos poderes públicos nacionais ou por entidades por estes controladas, com uso mediato ou imediato de recursos públicos, que proporcionem, direta ou indiretamente, qualquer tipo de vantagem a certas empresas (setores, produções ou regiões), e que provoquem ou possam provocar distorções de concorrência e afetação do comércio intracomunitário.

3. A **razão de ser** desta especificidade europeia (por contraposição com os espaços económicos unificados dos Estados federais) prende-se essencialmente com os objetivos de **construção do mercado interno** (um mercado não espontâneo, que decorre de uma construção institucional), de impedir que este mercado seja posto em causa por formas de protecionismo estatal de empresas e setores económicos e de evitar formas de distribuição de recursos consideradas ineficientes. Estes objetivos decorrem da teoria económica subjacente à construção europeia, a qual assenta na necessidade de criação de um *level playing field* na concorrência interempresarial e na concorrência entre jurisdições.

Na União, a regra é assim a promoção e defesa da concorrência entre as empresas (e, por extensão, entre jurisdições), e a exceção a ação dos Estados em apoio de agentes económicos, setores e empresas. A **intervenção pública** seria apenas justificada pelas “falhas de mercado” e pela promoção de uma “economia social de mercado” no plano europeu. Para o efeito, deve existir uma ponderação de vantagens e desvantagens de intervenção a efetuar através da realização de um "**balanço económico**". Neste contexto, é importante verificar se os AE são direcionados para a realização de objetivos relevantes da própria UE. Um dos principais critérios da Comissão para autorizar AE é precisamente esse: o AE deve contribuir para o bem estar da UE e não somente dos EM. A intervenção dos EM como que surge assim funcionalizada em relação aos objetivos da União.

4. Para além disso, o instituto dos AE tem sido ainda utilizado para atingir indiretamente **outros objetivos**. Um é o de contribuir para a consolidação orçamental e para a estabilidade e **sustentabilidade das finanças públicas** dos Estados-Membros

(EM), facto particularmente notório no seu uso como instrumento de regulação comunitária da concorrência fiscal prejudicial. A Comissão pretende que a despesa pública (incluindo a despesa fiscal) se torne mais eficiente e seja orientada para objetivos muito específicos. Para tal, um maior controlo dos auxílios estatais é visto como fundamental. Outro, mais recente, em consonância com a Comunicação da Comissão sobre *Modernização da política da UE em matéria de auxílios estatais* (COM(2012) 209 final, de 8.5.2012) defende que um enquadramento mais focalizado dos AE permitirá aos Estados-Membros contribuir melhor para a aplicação da **estratégia Europa 2020** para o crescimento sustentável. Segundo esta Comunicação, a **modernização do controlo dos AE** prossegue essencialmente três objetivos: "i) promover o crescimento inteligente, sustentável e inclusivo num mercado interno concorrencial; ii) centrar o controlo *ex ante* da Comissão nos casos com maior impacto no mercado interno, reforçando simultaneamente a cooperação com os Estados-Membros para efeitos de aplicação da legislação no domínio dos auxílios estatais; iii) simplificar as regras e acelerar o processo de tomada de decisões".

Por fim, não deveremos esquecer o amplo recurso a políticas de AE como forma de minorar os efeitos da crise de 2007 e de **resgatar o sistema financeiro**. Para minorar os efeitos recessivos do racionamento do crédito e da quebra da procura e evitar guerras de subsídios e atitudes protecionistas dos EM, a Comissão aprovou, em 2009, um "Quadro temporário relativo às medidas de AE destinadas a apoiar o acesso ao financiamento durante a atual crise financeira e económica" (Comunicação 2009/C 83/01) e, no mesmo período crítico, as chamadas *Comunicações da crise* ("Comunicação Bancária", "Comunicação sobre a recapitalização", "Comunicação sobre ativos depreciados" e "Comunicação sobre a reestruturação").

O contraponto do alargamento dos objetivos do instituto dos AE e, conseqüentemente do âmbito de intervenção da Comissão, é uma menor preocupação com os auxílios "bagatela" (*de minimis*) e com certos auxílios horizontais, como decorre de dois regulamentos infra mencionados. A Comissão pretende assim concentrar os seus recursos na análise dos auxílios realmente importantes que mais efeitos de distorção podem provocar. Desta nova estratégia resulta uma maior descentralização do controlo dos auxílios e um papel acrescido das entidades nacionais neste âmbito, tribunais incluídos.

5. No plano do **direito primário**, a regulação dos AE consta hoje do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Integrado no capítulo sobre as regras da concorrência, o **regime geral** aplicável aos AE, noção que não é definida nos tratados, consta dos artigos 107.º a 109.º do TFUE. O n.º **1 do artigo 107.º** estabelece o princípio da incompatibilidade dos AE com o mercado interno e define o campo de aplicação deste princípio. Os n.ºs **2 e 3 do artigo 107.º** contêm derrogações ao princípio da incompatibilidade, umas operando *ipso jure* (as do n.º 2, relativas a auxílios incondicionados de natureza social, humanitária ou política), outras mediante deliberação da Comissão, instituição que goza de largos poderes discricionários nesta matéria (as do n.º 3, als a) a d)) outras ainda, em certos casos, de natureza mais política, que emanam do Conselho (n.º 3,al. e)).

A Comissão dispõe assim de (enormes) poderes para, após exame das medidas notificadas (ou conhecidas por denúncia ou por descoberta dos seus serviços), considerar (ou não) compatíveis com o mercado interno:

"a) Os auxílios destinados a promover o *desenvolvimento económico de regiões* em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego, bem como o desenvolvimento das regiões (*ultraperiféricas*) referidas no artigo 349.º, tendo em conta a sua situação estrutural, económica e social;

b) Os auxílios destinados a fomentar a realização de um *projeto importante de interesse europeu comum*, ou a sanar uma *perturbação grave da economia* de um Estado-Membro;

c) Os auxílios destinados a facilitar o *desenvolvimento de certas atividades ou regiões económicas*, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum;

d) Os auxílios destinados a promover a *cultura e a conservação do património*, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na União num sentido contrário ao interesse comum".

6. A redação deste dispositivo, inalterada até aos nossos dias, mostra-se bastante datada no tempo, não fazendo referência expressa a múltiplos tipos de AE hoje comuns. No entanto, dado o facto de a linguagem do artigo ser muito aberta, ela presta-se a interpretações extensivas e atualistas, caminho que a Comissão não deixou de percorrer.

Para o efeito, a fim de evitar cair numa casuística que poderia ser vista como fortemente discricionária, a Comissão procurou formular critérios de decisão em dispositivos de *soft law* que auxiliassem, na interpretação e aplicação dos artigos do TFUE, funcionários, poderes públicos e potenciais beneficiários de AE. Deste modo, este mecanismo de autovinculação da Comissão às suas orientações genéricas tornaria também mais transparente o sentido das suas decisões concretas.

Na análise da compatibilidade dos AE com o mercado interno, a Comissão, socorre-se assim de vários **critérios ou princípios**, dos quais são de destacar: o princípio do interesse europeu; o princípio do investidor privado; o princípio do credor privado; a cláusula da natureza e economia do sistema (em matéria tributária); o princípio do carácter temporário e degressivo das medidas; o princípio da proporcionalidade; e o princípio do efeito de incentivo.

7. O **artigo 108.º** do TFUE contém regras procedimentais, quer as referentes à supervisão e controlo da Comissão dos auxílios novos (sujeitos a um *controlo preventivo*) e dos auxílios existentes (sujeitos a *controlo permanente*), quer as que instituem uma cláusula extraordinária de derrogação do princípio da incompatibilidade por parte do Conselho. Note-se que o art. 108.º, n.º 3, que prevê uma obrigação de *standstill* e origina direitos individuais para as partes afetadas, tem **efeito direto**, sendo aplicável pelos tribunais nacionais que, nessa aplicação, devem ter em conta os interesses da União. Acresce que o **artigo 109.º** atribui ao Conselho o poder de adotar regulamentos de execução dos procedimentos constantes nos artigos 107.º e 108.º do TFUE, poder este que apenas em tempos mais recentes foi efetivamente exercido.

Para além do regime geral, o TFUE conhece ainda alguns **regimes específicos** de AE, de carácter setorial ou geográfico. Os primeiros dizem respeito à agricultura (art. 42.º), aos transportes (art. 93.º) e à defesa (art.º 346.º), os segundos (embora hoje mitigados pela nova redação do art. 107.º, n.º 3, al. a)) referem-se às regiões ultraperiféricas (art.º 349.º). A estes regimes acresce o regime aplicável aos serviços de interesse económico geral e aos serviços públicos (arts. 106.º e 93.º do TFUE).

8. Se no plano do direito primário, até hoje as alterações foram mínimas, o mesmo não acontece i) com o direito secundário aplicável aos AE; ii) com as formas de direito flexível (*soft law*) da Comissão, revistas na sua grande maioria no quadro do Processo de Modernização dos AE lançado por esta instituição em março de 2012, bem como por

inúmeras decisões em casos concretos por ela produzidas; e iii) com a aplicação jurisprudencial das regras de AE, frequentemente apresentadas e sistematizadas pela Comissão em comunicações.

9. São os seguintes os **principais regulamentos** emitidos em sede de AE, uns provenientes do Conselho, com base no art. 109.º, outros da Comissão, fundados no art.º 108.º, n.º 4 do TFUE, que, embora recentemente integrado neste tratado, exprime a prática desta instituição decorrente do chamado Regulamento de Habilitação de 7.05.1998 (todos estes atos normativos estão disponíveis no sítio da Comissão Europeia - http://ec.europa.eu/competition/sate_aid/overview/index_en.html):

- O chamado **Regulamento de Processo** (Regulamento (UE) 2015/1589 do Conselho de 13.07.2015 que *estabelece (codifica) as regras de execução do artigo 108.º do TFUE* (in JO L 248, de 24.09.2015), designadamente as que, entre outras, respeitam a notificações, procedimentos de investigação formal, recuperação de auxílios ilegais, cooperação com tribunais nacionais. Este regulamento que revogou o Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho (JO L 83 de 27.3.1999, p. 1) e suas alterações sucessivas, foi já modificado por diversas vezes, a última das quais pelo Regulamento (UE) n.º 734/2013, publicado no JO L 204 de 31.7.2013.
- O **Regulamento de Aplicação** (Regulamento (CE) n.º 794/2004 da Comissão, de 21.04.2004) que veio clarificar as regras de execução do art. 93 do TUE (hoje 108.º do TFUE) e que foi objeto de alteração pelo *Regulamento (UE) n.º 372/2014* da Comissão, de 9.04.2014, no que diz respeito ao cálculo de certos prazos, ao tratamento das denúncias e à identificação e proteção de informações confidenciais (JO L 109 de 12.04.2014);
- O **Regulamento (UE) n.º 651/2014** da Comissão de 16.06.2014 que, em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do TFUE declara os seguintes tipos de **auxílios compatíveis** com o mercado interno: auxílios com finalidade regional; auxílios às PME sob a forma de auxílios ao investimento, auxílios ao funcionamento e auxílios ao acesso das PME ao financiamento; auxílios à proteção do ambiente; auxílios à investigação e desenvolvimento e inovação; auxílios à formação; auxílios à contratação e ao emprego de trabalhadores desfavorecidos e trabalhadores com deficiência; auxílios destinados a remediar os danos causados

por certas calamidades naturais; auxílios sociais ao transporte para habitantes de regiões periféricas; auxílios a infraestruturas de banda larga; auxílios à cultura e conservação do património; auxílios a infraestruturas desportivas e recreativas multifuncionais; e auxílios a infraestruturas locais. (in JO L de 26.6.2014). Estes AE não serão objeto de notificação prévia obrigatória à Comissão (*isenções por categoria*);

- O **Regulamento (UE) n.º 1407/2013** da Comissão de 18.12.2013 relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do TFUE aos ***auxílios de minimis*** (in JO L 352, de 24.12.2013);
- O **Regulamento (UE) n.º 360/2012** da Comissão, de 25.04.2012, relativo à aplicação dos artigos 107.º e 108.º do TFUE aos ***auxílios de minimis*** concedidos a empresas que prestam serviços de interesse económico geral (JO L 114 de 26.04.2012, p. 8).

10. A Comissão, por sua vez, produz medidas que revelam os critérios a aplicar pelos seus serviços na análise dos AE, daí decorrendo, como se disse, uma autovinculação a essas regras que são atualizadas periódica e regularmente. Estamos perante **regras de *soft law*** que, no entanto, ganham para a Comissão um estatuto (atípico) de acordo implícito se a elas os EM não se opuserem. Exemplos dessas regras (com designações muito diversas) são:

- A importantíssima ***Comunicação sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*** (2016/C 262/01), onde a Comissão analisa os diversos elementos da noção de AE tendo por referência as mais importantes decisões do TJUE. Esta comunicação substituiu a comunicação 93/C-307/03, relativa a auxílios às empresas públicas do sector transformador, a comunicação respeitante a auxílios no âmbito da venda de terrenos e imóveis por autoridades públicas e a comunicação 98/C 384/03 referente aos auxílios à fiscalidade direta das empresas;

- *As Orientações relativas aos **auxílios estatais com finalidade regional para 2014-2020** (2013/C 209/01);*
- *As Orientações relativas a **auxílios estatais à proteção ambiental e à energia 2014-2020** (2014/C 200/01);*
- *As Orientações relativas aos **auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas não financeiras em dificuldade** (2014/C 249/01):*
- *As Orientações relativas aos **auxílios estatais a aeroportos e companhias aéreas** (2014/C 99/03):*
- A Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais da União Europeia à **compensação concedida pela prestação de serviços de interesse económico geral** onde são clarificados os conceitos de empresa, de atividade económica, de exercício de autoridade pública, de segurança social, de cuidados de saúde, de recursos estatais para financiar a compensação (2012/C 8/02 JO C 11.01.2012). É útil consultar ainda o *Documento de trabalho* da Comissão de 23.03.2011 relativo à aplicação das regras da UE em matéria de auxílios estatais aos serviços de interesse económico geral desde 2005 e resultados da consulta pública SEC(2011) 397;
 - A Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à **fiscalidade direta** das empresas (JOCE C 384, de 10.12.1998) manteve-se intocada até 2016, sendo hoje a regulação destes auxílios efetuada com base na citada Comunicação de 2016 (2016/C 262/01) em articulação com o Código de conduta no domínio da fiscalidade das empresas (01.12.1997). Todavia, importante para a clarificação dos critérios usados por esta instituição continua a ser o **Relatório de 2004** (C(2002)434, de 9.2.2004) sobre a implementação da Comunicação de 1998;

- Por fim, no plano processual e da cooperação administrativa, merece ainda destaque, a Comunicação da Comissão relativa à **aplicação da legislação em matéria de auxílios estatais pelos tribunais nacionais** (2009/C 85/01).

11. Quanto ao papel (decisivo) da **jurisprudência do TJUE** na clarificação da noção de AE e de muitos pontos do seu regime, é impossível enunciar, neste texto, as principais decisões que se espalham pelos vários domínios em que são atribuídos AE. No entanto, a título de exemplo, pelo caráter inovador e pela influência que vieram a ter, não deixamos de mencionar três das muitas decisões judiciais que mereceriam destaque.

A primeira, relativa à própria noção de AE, é o **acórdão *Sloman Neptun*** (de 17/3/1993, procs apensos C-72 e 73/91) que efetua uma leitura do art. 87.º TCE (hoje 107.º, n.º 1 do TFUE), segundo a qual, para que estejamos perante um AE não basta que esteja tenha origem nos poderes públicos, sendo igualmente necessário que provenha de recursos públicos. Por outras palavras: onde o TFUE diz "ou", o TJ lê "e".

A segunda ocorreu em sede tributária. Trata-se do **acórdão *Itália/ Comissão*** (de 2.07.1974, proc. 173/73) que não apenas clarificou que as medidas de caráter fiscal estão sujeitas ao controlo dos AE e formulou a chamada "teoria dos efeitos", como criou uma válvula de segurança (a *cláusula da natureza e economia do sistema*) que permite, em casos excecionais, não considerar como AE sob forma tributária certas medidas fiscais.

A terceira dá-se com o **acórdão *Altmark*** (de 24.07.2003, proc C-280/00). Na sequência do acórdão *Ferring* (de 22.11.2001, proc. 53/00), que decidiu não constituir AE uma compensação cujo montante não exceda o necessário para o cumprimento das obrigações de serviço público, o acórdão *Altmark* veio clarificar as quatro condições que se devem verificar para que compensações por prestação de serviço público não sejam consideradas como AE: i) a empresa beneficiária seja efetivamente incumbida de obrigações de serviço público claramente definidas; ii) os parâmetros de cálculo tenham sido previamente definidos de forma objetiva e transparente; iii) a compensação se cinja ao necessário para cobrir os custos do serviço público, tendo em conta as receitas obtidas e um lucro razoável; e iv) ter havido concurso público ou cálculos efetuados por referência a uma empresa bem gerida e equipada. Mais tarde, o Tribunal Geral no acórdão *TFI* (proc T-354/05, de 11/3/2009) veio esclarecer que as quatro condições *Altmark* têm por único objetivo a qualificação ou não da compensação como auxílio

estatal, enquanto o art. 106.º, n.º 2 continua a constituir a base para a análise da compatibilidade das compensações financeiras que não satisfazem as quatro condições. Este acórdão esclareceu igualmente que a quarta condição *Altmark* é a característica principal de uma compensação, em oposição a uma outra classificada como um auxílio estatal, ou seja, a compensação *Altmark* deve estar limitada aos custos de uma empresa eficiente (uma empresa suscetível de vencer um concurso público ou uma empresa média bem gerida).

12. O **conceito de AE** tem natureza comunitária, sendo essencialmente fruto de uma construção jurisprudencial e também, de algum modo, administrativa, esta levada a cabo pela Comissão (Cf. a citada Comunicação de 2016). Este conceito traduz uma relação entre uma entidade concedente (o Estado em sentido muito amplo) e a(s) entidade(s) beneficiária(s), com natureza jurídica de empresa(s) (em sentido muito amplo - entidade que desenvolve uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e da sua forma de financiamento, típico do direito da concorrência) ou um determinado setor económico que desemboca na outorga de uma medida específica vantajosa para o beneficiário e prejudicial para os concorrentes deste. São assim elementos do conceito, segundo a prática e a doutrina das instituições europeias, que a medida de apoio outorgada:

- se traduza numa **vantagem** recebida pelo beneficiário que não advenha, do livre jogo do mercado em condições normais: sem a existência dessa vantagem não há AE (exemplo: a devolução de impostos indevidos ou a mera compensação pela prestação de um real serviço público);

- segundo o atual entendimento do Tribunal de Justiça, seja **imputada a poderes públicos** de um EM e **efetuada** com base em recursos públicos desse mesmo EM ou por este controlados (e não, como pareceria decorrer da letra do artigo 107.º do TFUE, imputada *ou* efetuada):

não são assim AE as medidas concedidas por outros Estados, por organizações internacionais, pela própria União (a não ser que as autoridades nacionais disponham de poder discricionário sobre a sua utilização) ou por empresas desprovidas de controlo público, tal como o não são os chamados *subsídios normativos*;

- seja **seletiva**, isto é, atribuída a certas regiões, empresas e setores. A seletividade pode ser geográfica ou material. Esta última engloba a seletividade setorial (incluindo os setores que sujeitos à concorrência internacional); a discriminação com base na forma das empresas beneficiárias; a atribuição da medida a certas funções das empresas como os serviços intragrupo, de intermediação ou de coordenação (seletividade horizontal); a atribuição de medidas mediante decisões discricionárias ou pouco transparentes; ou a escolha dos beneficiários por meio de disposições que estabelecem limiares com base no volume de negócios ou na implantação da empresa no território de um determinado número de países estrangeiros; ou a própria emanção de disposições que apenas se aplicam a empresas criadas posteriormente à entrada em vigor da legislação; ou, de modo geral, sempre que se limita, de alguma forma, o número de beneficiários. Não havendo seletividade, não estaremos perante um AE, mas sim perante uma *medida de uma política económica geral*. Estas medidas económicas gerais serão aquelas que beneficiam de modo uniforme a economia de um país no seu conjunto, como ocorre, em regra, com os normativos fiscais de carácter geral, isto é, não derogatórios (de que é um exemplo a redução geral da taxa de IRC para todas as empresas num determinado território), com as leis gerais da segurança social ou, no que respeita aos EM que não integrem a área do euro, as medidas de política monetária;

- provoque ou possa provocar **distorções de concorrência** e afete ou possa afetar o **comércio intracomunitário**. Em sede de AE, estas duas condições são, em regra analisadas em conjunto quer pela Comissão, quer pelo TJUE e são facilmente preenchidas. A sua importância advém sobretudo do facto de estas condições delimitarem a competência das instituições europeias para a análise das medidas suscetíveis de serem consideradas como auxílios em relação à competência de autoridades nacionais. Assim, quando estas condições não se verificarem, estaremos perante meras medidas de impacto local, eventualmente analisadas ao abrigo do direito nacional de um EM (caso esse direito exista, como ocorre em Portugal).

13. Delimitando agora pela negativa o conceito de AE, verifica-se não ser relevante para o efeito (podendo, porém, sê-lo para a definição do regime aplicável) a forma do AE (**princípio da indiferença da forma**). Um AE pode assim assumir formas muito distintas, podendo distinguir-se entre AE positivos (auxílios orçamentais) e negativos (auxílios tributários). Entre os primeiros, sobressaem os subsídios, as subvenções em dinheiro ou espécie, a participação no capital de empresas, sem envolvimento em atividade comercial, a atribuição de transferências provisórias (empréstimos facilitados, com taxas inferiores às de mercado e bonificações de juros), transações de bens e serviços em condições vantajosas ou regimes de garantias. Entre os segundos, contam-se os benefícios e incentivos fiscais e parafiscais a empresas ou setores de produção que envolvem uma espécie de renúncia à cobrança de tributos devidos (*despesa fiscal*).

Também não são relevantes para o conceito de AE os seus fins ou objetivos, tais como o desenvolvimento regional, a reestruturação e desenvolvimento setorial ou a promoção de funções específicas de

empresas (**princípio da indiferença dos fins**). Inicialmente, o TJ considerava que a dimensão do AE também não era relevante, mas esta posição deixou de se justificar com a consagração legal do regime dos auxílios *de minimis*. Em última instância, para as instituições europeias, determinante parece ser o efeito de distorção das medidas sobre a concorrência ou sobre o tráfego intracomunitário ("**doutrina dos efeitos**"). No entanto, quanto a nós, a análise dos efeitos complementa, mas não deve sobrepor-se à análise dos elementos do conceito de AE.

14. Em termos gerais, é o seguinte o **regime aplicável aos AE**:

- **Comunicação (ou notificação) prévia** à Comissão dos *auxílios novos* e de modificações introduzidas nos *auxílios existentes*. Existe neste caso uma obrigação de suspensão das medidas propostas (cláusula de *standstill*). Caso a notificação não tenha sido efetuada ou a medida seja introduzida antes da sua apreciação pela Comissão, a medida é considerada **ilegal**. A ilegalidade é um vício de natureza procedimental que pode ser declarado pelos tribunais nacionais.
- Análise dos auxílios *notificados* pela Comissão, instituição que detém a competência *exclusiva* para declarar ou não a sua compatibilidade, total ou parcial, com o mercado interno, ao abrigo do citado art. 107.º, n.º 3, als a) a d) do TFUE. Se a medida não for autorizada e mesmo assim vier a ser posta em prática, estamos perante uma medida **incompatível** com o mercado interno, e consequentemente afetada por um vício de natureza substancial.
- Análise **permanente** dos auxílios *existentes*, podendo a Comissão propor aos EM "as *medidas adequadas*, que sejam exigidas pelo desenvolvimento progressivo ou pelo funcionamento do mercado interno" (art. 108.º, n.º 1 do TFUE)
- Obrigação de *recuperação* dos auxílios ilegais ou incompatíveis: De acordo com o Regulamento de processo, sempre que haja uma resolução negativa relativamente a estes auxílios, a Comissão emitirá uma decisão no sentido de o EM em causa tomar as medidas necessárias para recuperar o auxílio do

beneficiário, incluindo juros. Compete aos EM, observando o seu próprio direito, efetivar junto dos beneficiários a obrigação de reembolso dos auxílios outorgados ilegalmente, sem terem em conta a decisão da Comissão ou em violação da declaração por esta instituição do AE como incompatível.

15. Em caso de concorrência entre legislações (europeia e nacionais), vale o **princípio da preferência aplicativa** do direito europeu (visto, na versão mais federalista subscrita pelo TJUE, como princípio do primado). Havendo, como há, normativos portugueses sobre a concessão ou regulação de auxílios públicos, estes aplicam-se quando estejam em conformidade com o Direito da UE e tendo em conta os critérios de partilha de competências entre a UE e o Estado Português definidos pelo critério da afetação das trocas. Entre nós, encontramos vários dispositivos que regem a questão dos auxílios de Estado, uns decorrentes do controlo da despesa fiscal (cfr. os arts. 106.º, n.º 3, al. g) da Constituição, 14.º da Lei Geral Tributária e 2.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais), outros da regulação das garantias pessoais do Estado (cfr. Lei n.º 112/97, de 16.9), outros, por fim, com origem na regulação da concorrência.

Cingindo-nos a esta última, a anterior Lei da Concorrência (**Lei n.º 18/2003, de 11.07**) dispunha o seguinte no seu art. 13.º:

(Auxílios de Estado) “1 - Os auxílios a empresas concedidos por um Estado ou qualquer outro ente público não devem restringir ou afetar de forma significativa a concorrência no todo ou em parte do mercado. 2 - A pedido de qualquer interessado, a Autoridade pode analisar qualquer auxílio ou projeto de auxílio e formular ao Governo as recomendações que entenda necessárias para eliminar os efeitos negativos desse auxílio sobre a concorrência. 3 - Para efeitos do disposto no presente artigo, não se consideram auxílios as indemnizações compensatórias, qualquer que seja a forma que revistam, concedidas pelo Estado como contrapartida da prestação de um serviço público.”

A nova Lei da Concorrência (**Lei n.º 19/2012, de 8.05**) e maio) veio substituir a redação deste artigo por uma outra constante do art. 65.º, cujo teor é o seguinte

(Auxílios públicos) "1 - Os auxílios a empresas concedidos pelo Estado ou qualquer outro ente público não devem restringir, distorcer ou afetar de

forma sensível a concorrência no todo ou em parte substancial do mercado nacional. 2 - A Autoridade da Concorrência pode analisar qualquer auxílio ou projeto de auxílio e formular ao Governo ou a qualquer outro ente público as recomendações que entenda necessárias para eliminar os efeitos negativos sobre a concorrência. 3 - A Autoridade da Concorrência acompanha a execução das recomendações formuladas, podendo solicitar a quaisquer entidades informações relativas à sua implementação. 4 - A Autoridade da Concorrência divulga as recomendações que formula na sua página eletrónica.”

O novo texto é tecnicamente mais perfeito. No plano substantivo, elimina a exclusão das indemnizações compensatórias do conceito de AE, clarificando deste modo a sujeição desta matéria às regras europeias e à jurisprudência decorrente dos referidos acórdãos *Ferring* e *Altmark*.

16. No domínio dos auxílios públicos, a Autoridade da Concorrência (AdC), uma autoridade administrativa independente, não decide, antes formula apenas recomendações, assumindo-se pois como uma entidade técnica auxiliar das entidades públicas que criam ou atribuem a empresas medidas consideradas como auxílios, tendo em vista eliminar efeitos negativos sobre a concorrência. Se os auxílios forem meramente internos (isto é, se não tiverem efeitos, ainda que potenciais, sobre as trocas intracomunitárias) a competência de decisão é exclusivamente do ente executivo nacional. Caso contrário (e esta será a situação mais corrente) a competência pertencerá essencialmente à Comissão. O papel da AdC é, em qualquer caso, de aconselhamento técnico de natureza preventiva.

Um recente exemplo de intervenção da AdC é o da recomendação feita ao Governo (em 28-11-2013) no sentido de este rever o sistema contratual de compensação conhecido por CMEC (Custos para a Manutenção do Equilíbrio Contratual) atribuído à EDP, com o intuito de eliminar os efeitos negativos sobre a concorrência e lesivos dos interesses dos consumidores. Os CMEC foram introduzidos com a liberalização do mercado elétrico de forma a permitirem à empresa obter o mesmo nível de receitas que teria no regime anterior e constituem, na prática, compensações que foram atribuídas àquela empresa pela cessação antecipada de contrato de longa duração, motivada pela liberalização do sector, sendo financiados pela tarifa de uso global do sistema que é

cobrada aos consumidores na fatura de energia elétrica. A recomendação visou garantir que as compensações fossem determinadas por critérios mais exigentes, em benefício do consumidor e evitar que a EDP usufruísse de rendas provenientes dos contratos CMEC, ampliando deste modo a vantagem económica sobre os seus concorrentes. Um auditor independente deveria quantificar o risco de sobrecompensação que se traduziria num AE.

17. Mais importante ainda é o papel que é atribuído aos **Tribunais Nacionais** segundo a interpretação que é dada pelas instituições comunitárias ao art. 108.º do TFUE. Assim, os nossos tribunais, para além de terem competência para analisar o conceito de AE e declarar um AE não notificado como ilegal, podem ainda ordenar as seguintes medidas relativas a AE ilegais:

- “a) impedir o pagamento do AE ilegal;
- b) exigir a recuperação do AE ilegal (compatível ou não);
- c) exigir a recuperação dos juros relativos ao período da ilegalidade;
- d) conceder indemnizações por perdas e danos a concorrentes e partes interessadas; e
- e) ordenar medidas provisórias (providências cautelares, depósitos em contas bloqueadas, recuperação provisória) contra o AE ilegal.”

Não têm, porém, competência para analisar se um AE é compatível ou não com o TFUE, dada a competência nessa matéria pertencer exclusivamente à Comissão.

Dois princípios de Direito da UE regem a aplicação das regras processuais nacionais:

- a) o **princípio da equivalência** segundo o qual “As normas processuais nacionais aplicadas a pedidos ao abrigo do art 108, n.º 3 do TFUE não podem ser menos favoráveis que as relativas a direitos com origem na ordem jurídica interna”; e
- b) o **princípio da efetividade** que se traduz no facto de as normas processuais nacionais não poderem "tornar excessivamente difícil ou impossibilitar na prática o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica comunitária”

18. Finalmente há ainda que referir a questão da **cooperação entre a Comissão e os Tribunais Nacionais**. Em 25.02.2009, a Comissão publicou uma Comunicação relativa à aplicação da legislação em matéria de auxílios de Estado pelos Tribunais Nacionais (COM) 2009/C 85/01), em substituição de uma outra de 1995 (disponível in: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:085:0001:0022:PT:PDF>).

A nova Comunicação visa essencialmente:

- a) apoiar os Tribunais Nacionais e requerentes potenciais sobre as soluções existentes para a violação das regras de AE; e
- b) fornecer orientações quanto à aplicação destas regras, tendo em conta os acórdãos do TJUE, as decisões da Comissão e as suas orientações.

A Comissão presta ainda **assistência voluntária** aos Tribunais Nacionais que pode assumir a forma de:

- a) Transmissão de informações relevantes que tenha em sua posse a efetuar num mês;
- b) ou de emissão de pareceres não vinculativos sobre questões relativas à aplicação das regras dos AE a elaborar num prazo de quatro meses. São matérias suscetíveis de elaboração de parecer a qualificação de uma medida como AE e cálculo do seu montante; o cumprimento ou não dos requisitos do regulamento geral de isenção; a informação no sentido de saber se a medida é abrangida por um regime de auxílio específico já aprovado; a declaração sobre se existem circunstâncias excecionais impeditivas da ordenação da recuperação do AE; a assistência no cálculo de juros e na identificação da taxa de juro aplicável; e, bem assim, a análise dos requisitos prévios da ação de indemnização e determinação dos danos sofridos.

19. Em tese, em sentido estrito, os casos chamados "casos portugueses" de AE podem ter origens diversas. Uns podem ser casos meramente internos, discutidos e julgados nos tribunais nacionais enquanto outros, como é frequente, podem implicar o reenvio de **questões prejudiciais** para o TJ, ao abrigo do disposto nos arts. 256.º e 267.º do TFUE. Em sentido lato, poderíamos ainda referir-nos aos casos que correm diretamente

no TJUE, com base numa ação instaurada por um concorrente para aferir da legalidade de um determinado AE atribuído pelo Estado português ou pela Comissão contra o Estado Português como ocorreu, por exemplo, no **Caso Açores** (acórdão do TJCE de 6 de setembro de 2006 relativo a reduções de taxas de impostos nesta Região Autónoma, onde foi questionada pela Comissão a questão de saber se estávamos ou não perante uma real e efetiva autonomia) ou ainda com base num recurso contra uma decisão da Comissão, como sucedeu no **Caso BPP** (acórdão de 12 de dezembro de 2014 relativo a garantias do Estado).

1.2. Bibliografia específica sobre auxílios de Estado em língua portuguesa

Almeida, J. Nogueira (2012), "Anotação ao artigo 107º do TFUE", in Porto, Lopes, Manuel & Anastácio, Gonçalo (coord.), *Tratado de Lisboa, Anotado e Comentado*, Coimbra: Almedina, pp. 518-522

Almeida, J. Nogueira (1997), *A Restituição das Ajudas de Estado Concedidas em Violação do Direito Comunitário*, Coimbra: Coimbra Editora

Alves, S. Varela (2017), "O mercado único e os Auxílios de Estado concedidos à Banca: erosão da soberania ou garantia da ideia de Estado?", *Policy Papers*, Lisboa: FDUL /CIDEEFF

Cunha, Patrícia S. (2000), "Auxílios de Estado fiscais e princípio da não discriminação fiscal", A.V., *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrales*, Coimbra: Coimbra Editora

Gomes, J. Caramelo (1995), *O Contencioso dos Auxílios de Estado*, Lisboa: UCP (dact).

Loureiro, Paula (2016), *Auxílios de estado no domínio do direito europeu da concorrência: o controlo da comissão e a atuação dos tribunais nacionais*, Braga: Universidade do Minho

Marcelino, Carla (2016), "Auxílios do Estado - Introdução ao conceito à luz do Artigo 107.º do TFUE e do atual contexto europeu", e-Pública, vol. 3, n.º 2, Lisboa: FDUL

Martins, Manuel (2002), *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*, Lisboa: Principia

Martins, João Zenha (2017), *Auxílios de Estado*, Lisboa: Nova Causa

Mesquita, Margarida (1989), O regime comunitário dos auxílios de Estado e as suas implicações em sede de benefícios fiscais, Lisboa, CEF/ DGCI, Cadernos CTF n.º 158

Ministério das Finanças (1998), *Regime Jurídico Relativo aos Auxílios Públicos*, Lisboa

Morais, Luís (1993), *O Mercado Comum e os Auxílios Públicos - Novas perspectivas*, Coimbra: Almedina

Pedro, Ricardo (2015), “Auxílios de Minimis 2014-2010: Notas à Luz do Regulamento (EU) N.º 1407/2013”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, Número 7, Janeiro/Março de 2014, Almedina, maio de 2015, pp. 65- 95

Santos, A. C. dos (2010) “Crise financeira e auxílios de Estado – Risco sistémico ou risco moral?”, *C&R, Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 3, 2010, pp. 209-234

Santos, A. C. dos (2008) “O estranho caso do conceito comunitário de autonomia suficiente em sede de auxílios de Estado sob forma fiscal (Comentário ao acórdão do TJCE de 6 de Setembro de 2006 relativo à insuficiente autonomia da Região Autónoma dos Açores)”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º1, Primavera 2008, pp. 235-258

Santos, A. C. dos (2006), "A Nova Lei da Concorrência e o Regime dos Auxílios de Estado", in Soares, A. G. & Marques, M. M. L., *Concorrência. Estudos*, Coimbra: Almedina, pp. 103-123

Santos, A. C, dos (2003), *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Coimbra: Almedina

António Carlos dos Santos

2. PRINCIPAIS CASOS DE AUXÍLIOS DE ESTADO SUSCITADOS EM TRIBUNAIS NACIONAIS

Nesta segunda parte deste estudo, apenas serão analisados alguns casos nacionais (em sentido estrito) que nos pareceram mais emblemáticos.

2.1. O caso Cruz Vermelha Portuguesa

No proc. 1385/02, tramitado junto do STA, concluído por aresto adotado em 10.10.2002¹, estava materialmente subjacente a todo o processo o facto de a Cruz Vermelha Portuguesa (CVP) se ter apresentado num concurso público com uma proposta de preço (vencedora) que supostamente beneficiaria do facto de a entidade adjudicatária aceder, na sua atividade corrente, a financiamento público em decaimento do art. 11.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 371/93, que à data regulava, no plano nacional, as regras de defesa da concorrência.

O Supremo conclui no aresto que *“o facto de o adjudicatário beneficiar de auxílios de Estado que violem o disposto no n.º 1 do art.º 11.º do DL 371/93, de 29 de Outubro, não basta para tornar inválido o acto de adjudicação. O meio de reacção contra os auxílios de Estado é o previsto no n.º 2 do art.º 11.º do DL 371/93. Não compete ao júri de cada concurso assegurar a regularidade do funcionamento concorrencial do mercado relativamente aos efeitos induzidos por auxílios de Estado.”*

À data o então em vigor art. 11.º, n.º 1, do referido decreto-lei dispunha que *“Os auxílios a empresas concedidos por um Estado ou qualquer outro ente público não poderão restringir ou afectar de forma significativa a concorrência no todo ou em parte do mercado.”* Note-se que o *mercado*, na aceção da referida norma, reporta-se ao mercado nacional e não ao mercado europeu. O caso teve na sua génese uma deliberação do Conselho de Administração do Hospital Distrital de Oliveira de Azeméis que havia adjudicado à CVP o serviço de transporte de doentes para o ano de 2002.

O STA não aderiu ao entendimento do tribunal *a quo* que tinha levado à anulação da deliberação da entidade adjudicante por violação do referido normativo do diploma legal de 1993 *“que tem subjacente o princípio da igualdade de oportunidades e da livre*

¹ Disponível em <https://dre.pt/application/file/a/3984676>.

concorrência”, e ao entendimento por si não sufragado de que “ao beneficiar deste tipo de apoios, subsídios e benefícios, a CVP pode sempre praticar melhores preços e oferecer serviços a preço de custo inferior ou, pelo menos, em condições não igualitárias com as entidades privadas que consigo concorrem”.

Neste domínio o STA autonomiza o princípio concursal da concorrência, em sentido estrito, que *“impõe que na formação dos contratos deva garantir-se o mais amplo acesso ao procedimento dos interessados em contratar e que em cada procedimento deva consultar-se o maior número de interessados, no respeito pelo mínimo que a lei imponha”*, associado à estrutura e funcionamento do procedimento adjudicatório. No entender do STA este princípio concursal da concorrência não sai afetado *“pelo surgimento de candidaturas em que o preço proposto por um concorrente não corresponda, por qualquer razão, ao custo do produto ou serviço segundo a remuneração dos factores a preços de mercado (...) O que pode sair ferido é um interesse diverso, exterior (e anterior) ao procedimento concursal): o funcionamento concorrencial do mercado”*

Quanto ao princípio da livre concorrência, e no que releva o tema dos AEs, o STA enquadra adequadamente a questão em querela no plano jurídico-factual ancorando que, numa vertente de serviço público *“deve observar-se que o entendimento adoptado na sentença [recorrida], que prescindiu da análise concreta das propostas para se bastar com a possibilidade de a estrutura de funcionamento subsidiado da CVP afectar o funcionamento concorrencial do mercado de transporte de doentes, terá como consequência prática que terão de ser preteridas, em concursos com esta finalidade, desde que concorram com empresas privadas, não só a CVP como as Associações de Bombeiros Voluntários, que também recebem subsídios e têm outros benefícios que essas empresas não auferem. (...) Isto é, para o legislador esses são prestadores naturais ou privilegiados do serviço de transporte de doentes.”*

Destarte, o STA, no plano nacional e com base no decreto-lei de 1993, não estando *a priori* em causa financiamento que configurasse AE na aceção do art. 107.º do TFUE – assumimos, dada a insusceptibilidade do financiamento afetar as trocas comerciais entre Estados-membros – estatui que *“o regime jurídico do DL 371/93 não integra o bloco de legalidade do acto de adjudicação do concurso público”*, uma vez que este não inibe um beneficiário de concorrer em concursos públicos, não condiciona a sua candidatura,

nem sujeita a sua proposta a requisitos especiais de ponderação. Sendo o remédio legal para tal *thema* o previsto no art. 11.º, n.º 2, do referido decreto-lei, ao abrigo do qual “*Cabe ao ministro da economia, a pedido de qualquer interessado, examinar os auxílios referidos e propor ao ministro competente as medidas conducentes à manutenção ou ao restabelecimento da concorrência.*”

Termos em que o STA conclui que “*não é ao júri de cada concurso (recte, à entidade adjudicante), ainda que se repercutem os efeitos de auxílios de Estado, que incumbe assegurar a regularidade do funcionamento concorrencial do mercado relativamente aos efeitos induzidos pelos auxílios de Estado.*”

Esta decisão não nos merece qualquer reparo uma vez que no plano dos factos ressuma que não estava em causa, para efeito do art. 107.º do TFUE, um financiamento à CVP suscetível de afetar as trocas comerciais entre os Estados-membros, tendo, em paralelo, o STA interpretado e aplicado de forma exaustiva as regras que resultam do Decreto-Lei n.º 371/93 ao caso.

Eduardo Maia Cadete

2.2. O caso Fábrica de Tabacos Micaelense

No proc. 043837², que correu termos junto da STA, concluído por acórdão tirado em 28.1.2004, esteve em querela a atribuição de “*100.000 contos*”, *circa* 50.000€ em moeda atual, pelo Governo Regional dos Açores à Fábrica de Tabacos Micaelense. A recorrente Empresa Madeirense de Tabacos sustentou nos autos que o pagamento de tal montante “*restringia ou afectava de forma significativa a concorrência no todo ou em parte do mercado de venda ao público de tabaco (na Região Autónoma dos Açores)*” para efeitos do então art. 11.º, n.º 2, do Decreto-Lei nº 371/93 que estatuiu “*A pedido de qualquer interessado, o ministro responsável pela área do comércio poderá examinar os auxílios [de Estado] referidos no número anterior, de forma a propor ao ministro competente as medidas conducentes à manutenção ou ao restabelecimento da concorrência.*”

² Disponível em http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/0c3e941da772e82780256e47003d5792?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,043837,371%2F93#_Section1.

A questão nuclear debatida no âmbito do mérito do recurso contencioso em causa, que versava sobre o despacho do Ministro da Economia, girava toda ela à volta do problema de saber se tal despacho – ao recusar propor (ao Ministro competente) quaisquer medidas conducentes à manutenção ou ao restabelecimento da concorrência, nos termos do n.º 2 do art.º 11.º do predito Decreto-Lei n.º 371/93 – padecia das ilegalidades que a recorrente lhe imputou.

O STA neste domínio arrima que na aplicação operada pelas instâncias do art. 11.º estas não extravasaram o objeto do recurso, *maxime* por excesso de pronúncia, quando conhecerem do eventual suporte factual suscetível de integrar a previsão do n.º 1 do art. 11.º daquele decreto-lei, em particular *na parte em que nele se exige que os auxílios concedidos pelo Estado (ou qualquer outro ente público) a empresas não possam “restringir ou afectar de forma significativa a concorrência no todo ou em parte do mercado”*. O STA adere ainda à valoração jurídica dos factos anteriormente operada nos autos no sentido de que *“a atribuição feita pelo Governo Regional dos Açores à B... de uma quantia de 100.000 contos “não poderá ser considerada como auxílio de Estado na acepção do art.º 11º. do DL nº 371/93, de 29 de Outubro”*, sendo inaplicável o referido normativo.

Para mais, sedimenta ainda factualmente o STA, assumimos assente numa interpretação conservadora do conceito de AE, que a *“aludida quantia de 100.000 contos, encontrar a sua explicação no facto de tal valor corresponder a uma verba do activo daquela sociedade que nunca tinha sido paga à mesma pelo respectivo devedor, o próprio Governo Regional dos Açores, que sendo também o titular de tal empresa a alienara como se a referida verba do activo da empresa se encontrasse já realizada, o que não correspondia à verdade.”*

No tema dos AE densifica ainda o STA, sempre ao abrigo das regras nacionais do Decreto-Lei n.º 371/93, sem nunca avocar o artigo 107.º do TFUE (então art. 87.º TCE) *“que a que a própria recorrente, enquanto proprietária da C..., com sede na Região Autónoma dos Açores, e como ela admite, é também credora dessa Região Autónoma de quantia (que não especificou) resultante de benefícios a receber por ter colocado no mercado continental português tabaco manufacturado ao abrigo do DL n.º 319/78, de 4/11.*

Este diploma permitia que as indústrias de tabaco das regiões Autónomas dos Açores e

da Madeira pudessem colocar no mercado continental, em regime preferencial de preço, um contingente máximo anual de tabaco manufacturado em qualquer daquelas regiões (art.º 1.º, n.º 1). Esse regime preferencial de preço consistia em o preço de venda ao público do referido tabaco ser inferior em 1 escudo ao preço de venda ao público do tabaco equivalente manufacturado no continente (art.º 2.º, n.º 1), sendo assim o diferencial de preço - considerado como subsídio - pago pelo Estado (art.º 3.º). Ora o pagamento dos 100.000 contos realizado pela Região Autónoma dos Açores à B..., tal como reconhece a recorrente contenciosa, tem na sua base a concessão a esta última de um subsídio de que a mesma beneficiou, tal como aquela recorrente, ao abrigo do já referido DL n.º 319/78. Tal benefício, por resultar de um regime específico - já que apenas aplicável às indústrias de tabaco das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira - e por ter sido aprovado por diploma do Governo, o já referido DL n.º 319/78, cai assim na previsão da al. b) do n.º 3 do art.º 11.º do DL n.º 371/93. O que significa, por outras palavras, que a referida atribuição de 100.000 contos feita pelo Governo regional dos Açores à B... não é de considerar como subsídio de Estado (art.º 11.º, n.º 1), por força da al. b) do n.º 3 do mesmo preceito legal. O que exclui necessariamente que qualquer medida possa ser tomada pelo Governo conducente à "manutenção ou ao restabelecimento da concorrência".

Ou seja, o STA sem nunca avocar as regras do então art. 87.º do TCE, cingindo-se às regras de direito nacional chega a uma conclusão que, em tese, dada o valor residual do financiamento em causa, poderia levar a conclusão análoga ao abrigo das regras do Tratado dado o aparente não preenchimento do critério da afetação das trocas comerciais entre EM, atento o residual montante controvertido em causa.

Este aresto culmina uma trilogia de três acórdãos precedentes do STA no mesmo proc. 043387, em que foram esgrimidas questões jurídico-adjetivas de natureza vária (i) no acórdão de 08.07.1999³ discutiu-se e aceitou-se a tempestividade e impugnabilidade contenciosa do despacho proferido pelo Ministro da Economia que veio a gerar o dissídio, tendo sido afastada, por não preenchida, a legitimidade passiva do Governo

³ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/1179f09f0c498fbb802568fc003a08f0?OpenDocument&Highlight=0.043837.1999>.

Regional dos Açores como contra-interessado; (ii) na decisão de 25.05.2000⁴, a fundamentação do ato; e (iii) no aresto de 08.02.2011⁵, a alegada omissão e excesso de pronúncia da instância judicial *a quo*.

Eduardo Maia Cadete

2.3. Os casos do Instituto do Vinho e da Vinha

Muitos casos têm vindo a ser julgados relativamente a este Instituto. Aqui damos apenas nota de dois mais recentes que consolidam jurisprudência anterior.

a) IVV: Acórdão do STA, Processo n.º 01486/14, de 04-03-2015

Este acórdão surge no âmbito de um recurso que veio interposto da sentença proferida pelo Tribunal Administrativo e Fiscal de Viseu de 11-06-2014, que julgou totalmente improcedente a impugnação deduzida pelo A (Pessoa Coletiva) contra os atos de liquidação da taxa de promoção do vinho⁶ devida ao Instituto da Vinha e do Vinho (IVV)⁷, no montante global de €148.07649, relativa aos meses de setembro e outubro de 2007.

Na sequência de queixa, a Comissão Europeia, na sua decisão de 20-07-2010⁸, reconheceu configurar um auxílio estatal a favor dos operadores económicos do setor do vinho, na aceção do artigo 107.º, n.º 1 do TFUE, o financiamento e publicidade do vinho e dos produtos vitivinícolas e da organização das atividades de formação com uma parte das receitas da taxa de promoção do vinho (considerando 84 da decisão 20-

⁴ Disponível em http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/96cd8a73eaad16f180256989005ab3c8?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,043837,macedo.almeida#_Section1.

⁵ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/ad15be10b81fc07080256cfb004c063c?OpenDocument&Highlight=0,043837,macedo.almeida>.

⁶ A taxa de promoção do vinho é uma taxa parafiscal cobrada pelo IVV aos operadores do setor desde 1995. Essa taxa tem por objetivo dotar o referido organismo público dos recursos suficientes para o desempenho das tarefas de coordenação do sector vitivinícola em Portugal e representa mais de 62 % do orçamento afeto ao funcionamento do IVV.

⁷ O IVV é um organismo público fundado em 1986 para garantir o controlo e a coordenação geral do sector vitivinícola em Portugal. Em conformidade com as disposições do Decreto-Lei n.º 99/97, de 26 de abril, que estabelece a Lei Orgânica do IVV, a este instituto estão cometidas atribuições gerais de acompanhamento, estudo, controlo, vigilância e promoção da produção e da comercialização dos vinhos e produtos derivados do vinho, sendo, para esse efeito, dotado de autonomia administrativa e financeira.

⁸ Decisão da Comissão de 20 de julho de 2010 relativa à taxa parafiscal de promoção do vinho aplicada por Portugal C 43/04 (notificada com o número C (2010) 4891). Publicada no JOUE, L 5/11, de 08 de Janeiro de 2011.

07-2010), tendo dado início ao procedimento de investigação nos termos do artigo 108.º TFUE.

No entanto, foi dada execução pelo Estado português à taxa de promoção do vinho cobrada pelo IVV, sem autorização prévia da Comissão.

A grande questão trazida à apreciação do STA foi a de saber se incorreu em erro de julgamento a sentença recorrida que julgou que a taxa de promoção em causa nos autos não padece de ilegalidade decorrente da não notificação prévia à Comissão Europeia, por força do disposto no artigo 88.º do TCE (atual n.º 3 do artigo 108.º TFUE).

Alegou o A que a taxa de promoção, não tendo sido notificada previamente à Comissão e continuando a ser mantida em execução, é necessariamente inválida até à prolação e trânsito final da decisão da Comissão sobre a respetiva compatibilidade com o mercado comum e que a mesma se manterá inválida por mais regular e compatível com o mercado comum que se venha a considerar, a final, o auxílio investigado, por estar em causa uma ilegalidade manifesta (violação do dever de comunicação prévia).

Decidiu o STA, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça firmada, entre outros, no Acórdão “Steinike” de 22 de março de 1977 e no acórdão “Saumon” de 21 de novembro de 1991, que “(...) *um órgão jurisdicional nacional pode ser conduzido a interpretar e a aplicar a noção de auxílio do artigo 92º com vista a determinar se uma medida estatal instaurada sem ter em conta o processo de controlo prévio do art. 93º, nº 3, devia ou não ser-lhe submetida*”.

Além disso, considerou o STA que, à partida, no momento da sua criação, “*era igualmente plausível ou prognosticável que a pequena parte afecta ao financiamento de medidas de promoção e publicidade respeitasse o limite de minimis*”⁹, como, aliás, a Comissão veio a reconhecer.

Assim sendo, pelas razões acima expostas, o STA negou provimento ao recurso, confirmando o julgado recorrido, por considerar que não assiste razão ao recorrente quanto à alegada ilegalidade da taxa de promoção decorrente da não notificação prévia à Comissão Europeia durante o respetivo procedimento legislativo, ao abrigo do n.º 3 do

⁹ De acordo com o artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 1998/2006, os auxílios de *minimis* estão isentos de notificação, não estando assim prevista a necessidade de qualquer aprovação ou confirmação por parte da Comissão, uma vez que o seu controlo pertence à responsabilidade exclusiva dos Estados-membros.

artigo 108º do TFUE, pelo que inexistente igualmente a obrigação de suspensão da execução da taxa em causa, justificando-se a manutenção da autoliquidação em causa, e também por entender que a “*anulação da totalidade da taxa de promoção, como pretende a recorrente, por vício formal de procedimento, que é o único vício por si alegado, nas circunstâncias do caso, seria contrária, desde logo, ao princípio da proporcionalidade*”, uma vez que as razões que levam a jurisprudência do TJ e a própria doutrina a sancionar com nulidade o incumprimento da obrigação de comunicação prévia das ajudas de Estado “*residem na particularidade do bem jurídico que se pretende acautelar e que é o de impedir a entrada em vigor de ajudas contrárias ao Tratado e evitar que as trocas entre os Estados-Membros sejam perturbadas pelas vantagens concedidas pelas autoridades públicas que falseiem ou ameacem a concorrência*”, defendendo assim que, no caso em apreço, a finalidade que se pretende obter foi alcançada, na medida que não subsiste qualquer violação do Direito Comunitário (em virtude de o auxílio ter sido considerado compatível com o mercado comum e os seus montantes respeitarem o limite de *minimis*).

Esta tem sido, aliás, a linha de jurisprudência seguida e reiterada pelo STA, que assim tem vindo a decidir em casos semelhantes¹⁰.

b) IVV: Acórdão do STA, Processo n.º 0248/15, de 29-04-2015

O presente acórdão surge no âmbito de um recurso que veio interposto da sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal de Viseu, de 27 de outubro de 2014, que julgou improcedente a oposição deduzida pelo A (pessoa coletiva) à execução n.º 2704201022032¹¹, instaurada pelo Serviço de Finanças de Tondela para cobrança coerciva de dívidas respeitante à Taxa de Promoção do Instituto da Vinha e do Vinho relativas aos meses de agosto a dezembro de 2011, no montante global de €150.980,83, por considerar que a liquidação e cobrança das taxas em causa nestes autos não se encontrava suspensa por decisão comunitária.

¹⁰ Vide, entre outros, acórdão do STA, processo n.º 1288/12, de 05-06-2013; acórdão do STA, processo n.º 0515/15, de 07-10-2015; acórdão do STA, processo 0512/15, de 17-06-2015.

¹¹ Quanto ao fundamento da oposição à execução, o ora recorrente invocou o vício da inexistência da taxa de promoção nas leis em vigor, decorrente da não autorização de cobrança da mesma taxa. Este fundamento de oposição, tal como decidido por este STA em Acórdão proferido em 15 de maio de 2013, no processo n.º 78/1230 (TAF VISEU 402/10.4BEVIS), “*é subsumível, em tese, na alínea a) do n.º do artigo 204.º CPPT, na medida em que diz respeito à ilegalidade abstracta do tributo, ou seja, não reside directamente no acto que faz aplicação da lei em concreto, mas na própria lei cuja aplicação é feita*”.

Alegou o recorrente que o IVV pretende fazer-se pagar de uma taxa cuja cobrança se encontra suspensa por decisão comunitária, porquanto a Comissão Europeia notificou ao Estado Português a sua decisão de dar início ao procedimento de investigação previsto no artigo 108.º, n.º 2 do TFUE com vista a analisar a compatibilidade da referida taxa com as regras do Tratado sobre auxílios de Estado, encontrando-se o referido procedimento ainda em curso relativamente ao período em causa (agosto a dezembro de 2011), pelo que, nos termos do n.º 3 do artigo 108.º do TFUE, o Estado Português encontra-se inibido de executar qualquer auxílio que esteja a ser objeto de um processo de apreciação pela Comissão até à emissão, por aquela entidade, de uma decisão final de aprovar (ou não) o auxílio em causa, e acrescenta ainda que mesmo que esta decisão venha a considerar o auxílio compatível com a legislação comunitária e o mercado comum, tal não legitima os atos de execução até então empreendidos.

Em julho de 2010, foi com efeito proferida uma decisão pela Comissão Europeia no âmbito do procedimento de apreciação dos auxílios estatais à promoção genérica do vinho e dos produtos vínicos no território português por meio de uma taxa de promoção, na qual considerou estarmos perante auxílios estatais compatíveis com o mercado interno na aceção do artigo 107º, nº 3, alínea c) do TFUE.

Todavia, tal decisão limitou-se ao exame da aplicação da taxa de promoção a partir da sua entrada em vigor e até 31 de dezembro de 2006, *“data da entrada em vigor das novas Orientações Comunitárias para os auxílios estatais no sector agrícola e florestal no período 2007/2013, sem prejuízo da posição que a Comissão tomará no respeitante à aplicação da taxa de promoção para além dessa data.”*, ou seja, *não respeita ao período a que se referem as quantias exequendas, não sendo igualmente certo (nem se encontrando fixado no probatório) se existiu ou não procedimento idêntico para períodos posteriores”*.

Assim sendo, e perante a questão de saber se está ou não suspensa por decisão comunitária a cobrança coerciva de taxas de promoção relativos ao meses de agosto a dezembro de 2011, o STA considerou que *“importa esclarecer - e não se mostra esclarecido no probatório fixado, não obstante a alegação da recorrente -, se em relação ao período temporal a que respeitam as taxas objecto dos presentes autos, estava ou não instaurado ou em curso o procedimento formal previsto no nº 2 do artº 88º do Tratado da CE, caso em não poderia ser instaurado o processo executivo*

tendente à cobrança coerciva da respectiva fonte de financiamento por a tal se opor o disposto no n.º 3 do artigo 88.º do Tratado da CE”.

Sendo este um facto essencial para a decisão dos autos, uma vez que “*a ter existido ou a existir tal procedimento, desde o seu momento inicial e até ao respectivo termo, atento o disposto no n.º 3 do artigo 88.º do Tratado CE (actual artigo 108.º do TFUE), não podia ser desencadeada a cobrança coerciva das taxas através da correspondente instauração da execução fiscal, nem se mostram devidos juros de mora*”, e como nem o probatório nem os autos fornecem os elementos suficientes para que o STA possa decidir o recurso, o STA determinou “*a baixa dos autos ao tribunal recorrido para ampliação da matéria de fato e decisão em conformidade, nos termos supra referidos*”.

No mesmo sentido, perante casos semelhantes, assim tem vindo a decidir o STA¹².

Cátia Sousa

2.4. Os casos da Carris – Companhia Carris de Ferro de Lisboa, S.A.

Acórdãos sucessivos pelo STA (Secção e Pleno) no proc. 01050/03.

Passamos a analisar seis Acórdãos, todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

a) Acórdão do STA, 05/16/2006

Acórdão proferido no âmbito de Recurso Contencioso de anulação de uma Resolução do Conselho de Ministros (de Março de 2003) no segmento em que atribui à Carris e à STCP (Sociedade de Transportes Colectivos do Porto, S.A.) indemnizações compensatórias.

O Recurso foi interposto por vários Recorrentes (incluindo a ANTROP) por alegada violação das normas/dos Diplomas seguintes: art.º 11.º do DL 371/93, de 29 de Out. (Lei da Concorrência em vigor à data do acto); DL 37.272, de 31 de Dez. (Regulamento de Transportes em Automóvel - “RTA”); Regulamento Comunitário 1191/69; art.º 73.º e art.º 86.º, n.ºs 1 e 2 do Tratado CE.

¹² *Vide*, entre muitos outros, acórdão do STA, processo n.º 064/12, de 16-05-2012; acórdão do STA, processo n.º 01216/13, de 14-01-2015; acórdão do STA, processo n.º 0590/15, de 25-06-2015.

No que em particular aos Auxílios de Estado respeita, alegam as Recorrentes como segue:

As compensações financeiras atribuídas constituem Auxílios de Estado (“AE”). Na esteira do Acórdão Altmark e das quatro condições nele estabelecidas como sendo aquelas que, estando reunidas, afastam a qualificação como AE, alega-se que não está preenchida qualquer das quatro condições em causa. E que, conseqüentemente, as compensações constituem AE “para os efeitos do art.º 11.º do DL 371/93”. Desenvolvem alegando que são um AE ilegal por constituírem uma vantagem financeira que coloca as empresas beneficiárias em situação concorrencial mais favorável relativamente às empresas suas concorrentes, assim afectando de forma significativa a concorrência no todo ou em parte do mercado. E isto ainda que se entenda estarem sujeitas a obrigações de serviço público, pois que o TCE determina a aplicabilidade das regras da concorrência de forma indistinta a empresas privadas e a empresas públicas. Pelo que, o pagamento das compensações ficaria sempre sujeito à aferição de admissibilidade nos termos do Acórdão Altmark.

Mais, o acto deve ser sindicado à luz do art.º 87.º, 1 do TCE (actual art.º 107.º, 1 do TFUE), pois que a respectiva aplicação não fica prejudicada pelo facto de os serviços serem prestados apenas em Portugal.

Alega-se ainda que o RTA deve ser interpretado restritivamente no que se refere ao regime de autorização de AE, só assim se conformando com o direito da concorrência. E, por isso, que o mesmo apenas autoriza auxílios directa e exclusivamente necessários ao cumprimento do serviço público, auxílios estes cuja delimitação se fará por recurso ao “método” do Acórdão Altmark; sendo que, no caso, não estão reunidas as respectivas condições. Os AE no caso excedem a *ratio* do “directa e exclusivamente necessário ao cumprimento das obrigações do serviço público de transportes enquanto tal”.

As Recorridas (incluindo a Carris), por seu lado, pugnaram pela verificação de várias excepções e, ainda, pela inexistência de qualquer vício da Resolução do CM. Assim:

i) A entidade CM invoca excepções de ilegitimidade e contra alega que a (então em vigor) Lei da Concorrência, no seu art.º 11.º, n.º 3, permite indemnizações compensatórias como contrapartida da prestação de um serviço público e que é isso precisamente o que no caso sucede (pelo que o n.º 1 do mesmo art.º não é violado); os

art.ºs 87.º e 88.º do TCE (actuais 107.º e 108.º do TFUE) não têm aplicação no caso (pois não existe conexão comunitária); ainda que se entendesse aplicável o regime comunitário, as indemnizações em causa estão também autorizadas pelo Regulamento n.º 1191/69 CE.

ii) A Carris defende que não foi violada qualquer disposição legal, seja do RTA, seja da Lei da Concorrência (a Lei nacional não considera AE as indemnizações compensatórias e prevê os meios legais de reacção contra auxílios concedidos pelo Estado, que se iniciam com a reclamação prevista no RTA, art.º 101.º). O regime comunitário dos AE não é aplicável, por não haver afectação do comércio entre EM.

iii) A STCP invoca excepções (incluindo ilegitimidade activa e irrecorribilidade do acto) e em sede de impugnação contra-alega que (i) a Lei da Concorrência não se aplica a empresas concessionadas, no âmbito do contrato de concessão; (ii) não se aplica o direito comunitário (não se provou susceptibilidade de serem afectadas trocas entre EM); (iii) a doutrina do Acórdão Altmark não é aplicável (por posterior à Resolução do CM impugnada); e ainda neste ponto, refira-se a problemática chamada à colação, da interdependência entre a questão de saber qual o regime aplicável às indemnizações compensatórias de serviço público que os EM legitimamente excluam do âmbito de aplicação do Regulamento 1191/69 CE (e que, portanto, deixem de beneficiar da automática dispensa de notificação) e a de saber qual a relação entre as regras sobre AE e o direito que os EM têm de manutenção dos serviços públicos ou serviços de interesse económico geral (v. art.º 16.º do TCE, hoje art.º 14.º do TFUE); e (iv) o direito nacional não foi violado (o art.º 11.º, n.º 1 da Lei da Concorrência deve valer nos seus exactos termos e nunca por recurso à doutrina do Acórdão Altmark; o n.º 3 do mesmo artigo, aplicável ao caso, afasta a aplicação do n.º 1 e, assim, a proibição das indemnizações compensatórias). Quanto ao mais invocado reporta-se à situação particular da STCP.

O Digníssimo Tribunal, identificados os factos assentes (são os reportados à RCM e seus termos), passa a enunciar as questões de direito a decidir, a saber: as várias excepções invocadas pelas Recorridas (acima afloradas) e o mérito do recurso, designadamente os alegados vícios de violação da lei (nacional e comunitária).

No que à Carris respeita, o caso fica encerrado pelo provimento dado no Acórdão à excepção da irrecorribilidade do acto. Com efeito, e invocando-se jurisprudência

firmada pelo STA, decide-se que a RCM não é recorrível. Fundamenta-se o aresto no facto de a concessão da Carris ter na sua base um contrato, e assim a Resolução ficar desprovida de cariz autoritário, traduzindo a própria execução do contrato. A RCM não é um acto administrativo mas sim decorrência, e execução por parte do Estado, do contrato anteriormente celebrado. É um acto não destacável relativo à execução de um contrato. Decide-se que a RCM é irrecorrível na parte relativa à Carris.

Neste particular, é nossa opinião que o Supremo (desde logo por uma questão de justiça material e desejável favorecimento, também em sede de processo administrativo, das decisões de mérito sobre decisões de forma – *cf.* art.º 268.º, n.º 4 da CRP) poderia ter apreciado esta questão com outro desenvolvimento. Se mais não fosse, havendo jurisprudência também no sentido inverso (como se virá a verificar pelo Acórdão do Pleno que se segue a este), poderia prudentemente tê-lo referido, ainda que simplesmente para expor com alguma profundidade as razões do seu afastamento desta outra jurisprudência, também firmada, que optou não seguir.

No mais que vem a ser decidido no aresto - e com relevo para o regime dos AE em matéria de indemnizações compensatórias por prestação de serviços públicos - refira-se o entendimento seguido pelo STA de que a legislação (nacional e comunitária) trata o bem jurídico “livre concorrência” como um bem de interesse geral, que não envolve um interesse directo e pessoal das empresas concorrentes, nem dos cidadãos destinatários do serviço. Lê-se no Acórdão: “(...) Significa apenas que, os “auxílios de Estado”, através de indemnizações compensatórias por prestação de serviço público, não estão regulados na legislação nacional e comunitária de forma a proteger directamente interesses diferenciados (apropriáveis) pelas empresas concorrentes. (...) o interesse das recorrentes na anulação do acto não é directo, nem pessoal, precisamente por a lei não afectar o bem jurídico em causa “a livre concorrência” aos fins das empresas individualmente consideradas, mas sim ao regular funcionamento de um determinado regime económico, através do qual se crê beneficiar todos os intervenientes do mercado.”

E daqui se retira, por fim, a falta de legitimidade activa das Recorrentes para o recurso contencioso de anulação, não se chegando a conhecer do mérito.

b) Acórdão do Pleno da Secção do CA do STA, 05/03/2007

As acima Recorrentes e vencidas recorrem agora daquele Acórdão para o Pleno do STA.

Pedem a revogação Acórdão, e a apreciação do mérito do recurso, fundamentando o pedido nos principais pontos seguintes: as duas empresas beneficiárias são fortemente deficitárias e estão em falência técnica; ambas, à parte da actividade concessionada, exploram linhas em concorrência directa com outros operadores, estando aí umas e outros sujeitos às mesmas regras; a RCM atribuiu Auxílios de Estado invocando “obrigações assumidas” mas não invocando qualquer contrato como fonte habilitante ou sequer qualquer autorização para o acto nos termos do TCE; o acto não revela conformar-se à *ratio* de compensação “diferença entre custos da actividade abrangida pela obrigação de serviço público e correspondente receita”; nenhuma das duas empresas beneficiárias dispõe de contabilidade diferenciada para a área do serviço concessionado e não é possível calcular o sobrecusto que lhes advém da exploração respectiva, nem um tal cálculo foi sequer invocado por parte do Estado para a entrega das compensações; daqui decorre que, independentemente dos prejuízos por elas incorridos, o Estado lhes entrega anualmente uma verba que lhes permite colmatar os seus *deficits* de exploração e, assim, oferecer ao público melhores condições que as suas concorrentes, vendendo serviços abaixo do preço de custo e acumulando prejuízos; desta actuação decorre para as empresas concorrentes uma lesão económica consistente na necessidade de acompanhar aquelas condições e vender também os seus serviços abaixo do preço de custo, com as inerentes consequências; as compensações deverão ser qualificadas de AE na parte em que excedam o ressarcimento dos sobrecustos do cumprimento das obrigações de serviço público; os AE são proibidos pelo TCE desde que falseiem ou ameacem falsear a concorrência favorecendo certas empresas (*cf.* art.º 87.º, n.º 1, actual art.º 107.º, n.º 1); a interdição tem efeito directo e pode ser invocada por qualquer concorrente; a serem concedidos AE terão que passar pelo crivo de um processo perante a Comissão, o que o Estado Português não fez, nem os fundamentou seja no Regulamento n.º 1191/69 CE, seja no Regulamento n.º 1107/70 CE; são pois AE ilegais; o Acórdão *sub judice* não apreciou as questões de mérito, nem procedeu a qualquer instrução ou indagação factual; decidiu com base em duas excepções, a da (i) irrecorribilidade do acto e a da (ii) ilegitimidade activa; o Acórdão decidiu mal porque, quanto à (i), não examinou a existência de uma cláusula contratual, e se o tivesse feito

concluiria que a atribuição em causa não tem aderência à disposição contratual invocada; trata-se de uma atribuição que nada no contrato sustenta e que não pode ser justificada com a mera existência de um contrato; são falsas as premissas de que o STA partiu de que a existência de um contrato de concessão preclui a existência de um acto administrativo e de que as verbas foram pagas a título de compensação como contraprestação do serviço público; nesta última, nem foi feita qualquer verificação; quanto à (ii) as Recorrentes têm um interesse pessoal, directo, legítimo e diferenciado do interesse geral, e de o ver salvaguardado nos termos do art.º 268.º da CRP; trata-se do interesse processual de irradiar a fonte da distorção da concorrência que lhes causa lesão económica; há um acto administrativo, que é recorrível e que – na parte que excede a *ratio* já referida – configura AE.

Impugnam-se assim na íntegra os fundamentos do Acórdão recorrido.

Por outro lado, alega-se, o Acórdão omitiu, na apreciação que fez das excepções, a aplicação do direito comunitário. As considerações ali vertidas sobre a recorribilidade do acto sem curar de saber se o acto integra ou não o conceito de AE e sobre a legitimidade ter em conta o efeito directo do art.º 88.º, n.º 3, último parágrafo do TCE são o oposto do direito aplicável. Pelo que o Acórdão deve ser revogado, conhecendo-se do mérito e apreciando os vícios de violação da lei nacional e comunitária invocados.

Mais: se lhe restarem dúvidas quanto à aplicabilidade ou à interpretação das normas de direito comunitário invocadas deverá o Tribunal “*ad quem*” considerar o reenvio prejudicial para o TJUE.

Quer o CM quer o MP pugnam pela manutenção do Acórdão recorrido.

O Pleno do STA identifica as questões a decidir – a da (i) irrecorribilidade e a da (ii) ilegitimidade, que passa a apreciar. E em ambas a decisão a que chega é oposta à do Acórdão recorrido.

Na (i) refere que a questão não reúne total consenso, que há jurisprudência em ambos os sentidos (irrecorribilidade e recorribilidade); sendo que, para o caso e atentos os valores em presença, é mais adequado o entendimento que favoreça o acesso à pronúncia de mérito. Desenvolve depois a fundamentação em torno da posição que adopta no sentido de que a indemnização compensatória inserida numa cláusula contratual de um contrato de concessão de serviço público – mas que é liquidada segundo critérios e métodos

dependentes da vontade do ente público – não pode entender-se como puramente contratual. A previsão contratual carece em regra de um acto que a concretize. Acto que poderá ser negocial ou unilateral. E os elementos constantes do processo apontam no sentido de que a concretização se fez por acto unilateral, previsto genericamente no contrato, mas conduzido pela Administração em procedimento a isso destinado e concluído pela prática de um acto unilateral eficaz e vinculativo. Esclarecida que fica também a aplicabilidade directa dos Regulamentos CE n.ºs 1893/91 e 1191/69, decide-se estarmos perante um acto administrativo, que define de modo unilateral uma situação individual e concreta.

Na (ii) e reequacionando a questão (legitimidade) à luz do entendimento agora adoptado de que estamos perante um acto administrativo, passa a analisar. Entende o Pleno que Acórdão recorrido sustenta uma visão restrita da legitimidade processual, da qual o Pleno se afasta, invocando também jurisprudência neste sentido e decidindo pela legitimidade processual das Recorrentes. Por um lado da Requerente Associação (constituída com o objectivo de promover a defesa da actividade profissional exercida pelas suas associadas, para o que tem legitimidade e capacidade) e, por outro, as empresas Recorrentes em nome individual (que não vêm ao processo motivadas pela defesa do bem jurídico livre concorrência em abstracto mas sim para “reclamar iguais condições na prestação de uma actividade económica, igualdade que, alegadamente, foi quebrada pelo acto impugnado”).

Entende o Pleno (e bem, a nosso ver) que as Requerentes detêm um interesse directo, pessoal e legítimo, interesse esse que em contencioso administrativo não pode ser tutelado por outro meio que não através do recurso contencioso de anulação. Nota-se que a sua pretensão é a ablação da compensação que consideram ilegal e indevida e, por isso, causadora de custos agravados para si. E refere-se que não seria pela via de uma acção de responsabilidade civil (como sugerido no Acórdão recorrido) que a pretensão das recorrentes particulares poderia ser alcançada.

Concede-se provimento ao recurso, revogando o Acórdão e mandando baixar os autos para prosseguimento. O aresto contém três votos de vencido (um referente à recorribilidade e dois à legitimidade).

c) Acórdão do STA, 10/23/2007

Proferido na sequência do Acórdão do Pleno que vimos de analisar. Tendo baixado os autos à Secção para conhecimento do mérito, proferiu o Supremo Tribunal despacho onde suscitou a questão da necessidade de reenvio prejudicial para o TJUE.

Foram ouvidas as partes quanto à respectiva necessidade, factos pertinentes e questões a colocar, e, bem assim, o Procurador-geral Adjunto emitiu o seu parecer.

Submetido o processo à Conferência, o Tribunal, para determinar da necessidade e dos limites do reenvio, começa por enunciar os factos relevantes. Destacamos os de que ambas as empresas recorridas exploram, para além da actividade concessionada, linhas de carreiras de autocarros fora da área da concessão e, nestas carreiras, todos os operadores estão sujeitos às regras do RTA com necessidade de licenciamento das carreiras e cumprimento de obrigações de explorar, transportar e tarifárias (preços máximos fixados pelas autoridades públicas).

Em matéria de direito, e uma vez que as recorrentes consideram a deliberação impugnada como violadora de várias disposições do TCE, passa o STA analisar os requisitos do reenvio prejudicial no caso e, na afirmativa, quais as questões a colocar.

Quanto à necessidade do reenvio, conclui-se que embora não sendo ele, no caso, obrigatório (pois que da decisão do STA sempre caberá recurso para o Pleno), ainda assim - e uma vez que o Supremo Tribunal considera que a decisão sobre a questão é necessária para o julgamento da causa - deve proceder-se ao reenvio (*cf.* art.º 234.º do Tratado CE, actual art.º 267.º do TFUE). E o STA considera necessária a decisão sobre a questão pelo TJUE porque está em causa a interpretação do Tratado de Roma (art.ºs 73.º e 87.º) e é necessário saber em que termos deve interpretar-se o Tratado quanto à eventual violação dos preceitos em causa; saber se caso um EM os viole por acto administrativo daí decorre a invalidade do acto ou se as sanções serão de outra natureza.

O vício que as recorrentes imputam ao acto é o de violação do art.º 87.º, n.º 1 do TCE (actual art.º 107.º, n.º 1 do TFUE) e o recurso que deu causa ao processo é de mera anulação, tendo por objecto a anulação de um acto administrativo (foi interposto na vigência do ETAF/84). Neste contexto, só importa pois saber se o acto recorrido viola ou não as disposições legais invocadas caso tal violação tenha por consequência a invalidade do acto.

As questões a colocar ao TJUE são, decide o STA, sete. Para o efeito, o Supremo parte das questões que as recorrentes invocaram, e que aceita (enquadra-as em três grupos: interpretação da expressão “na medida em que afectem as trocas entre os EM”; medida e critérios para aferir da compatibilidade com o Tratado no âmbito do art.º 73.º do TCE; e consequências da incompatibilidade com o Mercado Comum nos termos do art.º 87.º do TCE) e acrescenta mais algumas em torno do sentido das expressões “AE” e “vantagem que falseia a concorrência” e das consequências jurídicas da incompatibilidade com o Mercado Comum, nos termos do art.º 87.º do TCE.

Decide-se suspender o processo a fim de colocar ao TJUE as questões enunciadas pelo STA.

d) Acórdão do TJUE no proc. C-504/07, de 7 de Maio de 2009

O objecto é o pedido de decisão prejudicial (*cf.* art.º 234.º do TCE) na sequência do Acórdão do STA que vimos de analisar.

O processo é julgado sem apresentação de conclusões. Delimita-se o objecto do pedido de decisão prejudicial, que é a interpretação dos art.ºs 73.º e 87.º do TCE e do Regulamento n.º 1191/69 CE. Analisam-se, em seguida, os primeiros dois considerandos e os artigos deste Regulamento relevantes para o caso. Resumem-se os termos do litígio principal e enunciam-se as questões prejudiciais, por fim se decidindo quanto a cada uma delas.

Da decisão, salientamos os seguintes pontos:

- Nada nos autos (salienta previamente o TJUE) permite supor que Portugal tenha feito uso da faculdade constante do Regulamento n.º 1191/69 (art.º 1.º, n.º 1) de excluir do seu âmbito de aplicação as empresas cuja actividade se limite exclusivamente à exploração de serviços urbanos, suburbanos e regionais, pelo que se aplicam as disposições do Regulamento ao caso. É pois à luz dessas disposições que deve fazer-se a apreciação das questões prejudiciais;
- O Regulamento n.º 1191/69 deve ser interpretado no sentido de que autoriza os EM a impor obrigações de serviço público a uma empresa encarregue de assegurar o transporte público de passageiros num município e de que “(...) *prevê, relativamente*

aos encargos decorrentes dessas obrigações, a atribuição de uma compensação determinada de acordo com as disposições do referido Regulamento.”;

- Estamos no âmbito de um dos regimes específicos de AE, de carácter sectorial ou geográfico, previstos pelo TFUE: “(...) o art.º 87.º CE faz parte das disposições gerais do Tratado relativas aos AE, ao passo que o art.º 73.º CE institui, no domínio dos transportes, uma derrogação às regras gerais aplicáveis aos AE, ao prever que os auxílios que vão ao encontro das necessidades de coordenação dos transportes ou que correspondam ao reembolso de certas prestações inerentes à noção de serviço público, são compatíveis com o Tratado. O Regulamento n.º 1191/69 institui um regime que os EM são obrigados a respeitar quando pretendam impor obrigações de serviço público a empresas de transportes terrestres (v. acórdão *Altmark*).”;

- O Regulamento em causa dispõe que as decisões de manter uma obrigação de serviço público devem prever a atribuição de uma compensação dos encargos financeiros daí decorrentes. Mais, que o seu montante será determinado de acordo com os procedimentos comuns estabelecidos nos respectivos art.ºs 10.º a 13.º. Exige-se (v. art.º 10.º), em síntese, que o valor da compensação seja igual à diferença entre os custos imputáveis à parte da actividade da empresa abrangida pela obrigação de serviço público e a receita correspondente;

- A referida diferença entre custos e receita não é possível de calcular no processo principal, já que a Carris (como a STCP) desenvolve também actividades para além das incluídas nas de obrigação de serviço público e não existem elementos seguros de contabilidade (não se distinguiram na contabilidade as actividades, como se poderia/deveria ter feito - acrescentamos nós) que permitam calcular o acréscimo de custos decorrente da execução das obrigações de serviço público.

- A exigência do art.º 10.º do Regulamento n.º 1191/69 não foi preenchida. A indemnização compensatória de que a Carris (tal como a STCP) beneficiou não é compatível com o direito comunitário pois foi concedida em violação do Regulamento. Nestes termos, não é necessário apreciá-la à luz do Tratado (e suas disposições em matéria de AE, designadamente o art.º 87.º, n.º 1, CE);

- Quando não seja possível apurar o montante dos custos imputáveis à actividade da empresa beneficiária na execução das suas obrigações de serviço público, o

Regulamento n.º 1191/69 (alterado pelo Regulamento n.º 1893/91) opõe-se à concessão de indemnizações compensatórias como as que estão em causa no processo principal;

- Quanto ao papel dos Tribunais nacionais quando constatem que foi concedida uma indemnização compensatória em desconformidade com o Regulamento 1191/69, estando abrangida pelo âmbito de aplicação do mesmo, e dada a aplicabilidade directa do Regulamento, o Tribunal nacional deve retirar todas as consequências dessa incompatibilidade, à luz do direito nacional, no que respeita à validade dos actos de execução dessas medidas de auxílio.

e) Acórdão do STA, 01/12/2012

O STA, após incursão sobre os sucessivos trâmites do processo, passa a referir-se ao Acórdão do TJUE e respectivas conclusões.

O MP emitiu parecer no sentido do provimento do recurso e da anulação da RCM na parte impugnada, face à violação dos art.ºs 73.º e 87.º CE e do art.º 10.º do Regulamento 1191/69, por se desconhecer o montante do sobrecusto resultante das obrigações de serviço público que pode ser objecto de apoio do Estado.

Foi determinada a realização de uma perícia à contabilidade da Carris (e da STCP) relativa ao ano de 2003. Após junção do relatório pericial houve alegações complementares e nova vista ao MP, que manteve a posição.

O processo seguiu para julgamento e, na matéria de facto assente, a acrescer à já constante dos Acórdãos acima, o STA inclui as conclusões do TJUE, as questões colocadas ao peritos e, por fim, a conclusão retirada do relatório pericial, a saber: *“A contabilidade das recorridas particulares não permite demonstrar a diferença entre os custos e as receitas imputáveis à sua actividade nas zonas que integram a concessão em regime de exclusividade, no ano de 2003”*.

O STA desenvolve a motivação deste último facto, dada a relevância do mesmo para o desfecho do processo. Esclarece que a prática da separação das contas entre as duas actividades em cada empresa nunca foi seguida (como deveria ter sido, acrescentamos, e não obstante diversas inspecções do Tribunal de Contas, refere o STA), transcreve

partes do relatório pericial e refere aceitar aquela conclusão de facto por não existirem elementos contabilísticos que com segurança permitam qualquer outra.

Quanto ao direito, o Supremo refere que se encontram por decidir as questões de mérito do recurso. Que fora já decidido que as recorrentes têm legitimidade, que a RCM é recorrível e que não existem outras nulidades, excepções ou questões prévias que obstem à apreciação do mérito.

Restava apreciar ainda uma reclamação interposta para a conferência pelos recorrentes, do despacho do Relator que indeferira os quesitos por si formulados para a peritagem. O STA decide manter o despacho impugnado por a perícia ter por objecto a contabilidade das empresas recorridas o que não sucedia com os quesitos não aceites. Indefere-se a reclamação.

Segue-se a apreciação do mérito do recurso.

A validade da RCM começa por ser apreciada em face do direito interno. Analisados os preceitos relevantes da Lei da Concorrência à data (DL 372/93, v. art.ºs 11.º, n.º 3 e 41.º, n.º 2) conclui-se não haver violação da mesma; conforme se explica nesta sede, o legislador nacional sobrepôs o interesse público às regras da concorrência.

Passando à apreciação da validade da RCM face ao direito comunitário, o aresto reporta-se ao reenvio prejudicial e transcreve o Acórdão do TJUE, após o que refere que as questões jurídicas essenciais ficaram através dele resolvidas “impondo-se apenas a sua aplicação ao caso concreto”.

O que o Supremo passa a fazer, em síntese, assim:

- assente que ficou que “*A contabilidade das recorridas particulares não permite demonstrar a diferença entre os custos e as receitas imputáveis à sua actividade nas zonas que integram a concessão em regime de exclusividade, no ano de 2003*” e não é possível, pois, determinar o montante dos custos imputáveis à actividade das empresas no âmbito da execução das suas obrigações de serviço público, as indemnizações compensatórias in casu são contrárias ao Regulamento 1191/69;
- nos termos conjugados dos artigos 8.º, n.º 3 da CRP e 249.º do Tratado CE, os Regulamentos produzem efeitos directos no ordenamento jurídico interno, “gerando direitos e obrigações na esfera jurídica dos seus destinatários”;

- uma vez que os actos administrativos devem obediência à lei, e uma vez que as fontes comunitárias directamente aplicáveis (como o são os Regulamentos) se incluem no conceito de lei, a RCM impugnada é anulável.

Decide-se conceder provimento ao recurso de anulação e anular a RCM.

f) Acórdão do Pleno da Secção do CA do STA, 02/26/2015

Do Acórdão que antecede veio ainda o Sr. Primeiro-Ministro interpor recurso.

Em suma, alega que ali se fez uma errónea aplicação do direito aos factos, pois que STA e TJUE partiram de diferentes pressupostos factuais, sendo que o TJUE (contrariamente ao STA) terá partido do pressuposto errado de que as empresas recorridas só cumpririam obrigações de serviço público na zona de exclusivo. Alega-se que as empresas recorridas estão afinal sujeitas a obrigações de serviço público seja na zona de exclusivo, seja no restante território em que também exercem a sua actividade. Que toda a actividade de transporte público de passageiros exercida por estas empresas está sujeita a obrigações de serviço público. Pelo que – sendo tudo abrangido por obrigação de serviço público – a respectiva contabilidade permite determinar “qual o custo das actividades de transporte de passageiros e qual a dimensão do seu défice face às respectivas receitas”. Assim está cumprida (com este cálculo possível) a exigência comunitária de separação de contabilidades e pode concluir-se dos montantes assim apurados que “as indemnizações compensatórias foram inferiores aos prejuízos causados pela imposição de obrigações de serviço público”. Alega-se, por fim, que a verificação da validade do acto impugnado deve ser feita apenas por referência às “indemnizações compensatórias pelas obrigações de serviço público impostas fora da concessão do exclusivo” e que o STA deve proceder a essa necessária separação e distinção no próprio acto administrativo e, se necessário for, mandar baixar os autos à Secção para o efeito.

Os recorrentes contenciosos contra alegam e, em resumo, defendem que o aqui Recorrente confunde “obrigações de serviço público” com “sujeição a um regime de serviço público licenciado”.

O Procurador-geral Adjunto emite parecer pugnando pela manutenção do Acórdão recorrido e conclui que fora do limite das concessões de zonas de exclusivo a actividade daquelas empresas não gera (face ao Regulamento 1191/69) a atribuição de indemnizações compensatórias.

O Pleno, após indicar a matéria de facto (assente no Acórdão recorrido) e percorrer a matéria de direito, passa a apreciar.

Refere a contradição existente nos termos do recurso e aprecia a primeira questão assim: “o Acórdão recorrido e o Acórdão do TJUE não elaboraram as suas decisões a partir de pressupostos diferentes”. Ambos se fundaram na mesma certeza da necessidade de separar a actividade concessionada da actividade concorrencial, já que só a primeira pode ser apoiada por indemnizações compensatórias. Daí ter o STA pedido a perícia que pediu.

Continua e decide também não assistir qualquer razão ao Recorrente quando diz que toda a actividade das empresas beneficiárias constitui serviço público susceptível de ser subsidiado pelo Estado.

O mesmo quanto à alegação de que este Tribunal deveria considerar que as contabilidades das empresas permitem concluir que as compensações foram inferiores aos prejuízos decorrentes da obrigação de serviço público. Para isso este Tribunal teria que contrariar os factos fixados na Secção, ou ir para além deles. E o Tribunal Pleno apenas conhece da matéria de direito. Pelo que, e uma vez que não é de concluir que a matéria de facto fixada seja obscura ou insuficiente (pelo contrário, é ela é clara e é base suficiente para uma ponderada decisão), não pode a respectiva fixação ser alterada.

Improcedem todas as conclusões de recurso. Decide-se assim confirmar o Acórdão recorrido.

Diríamos que esta sequência de Acórdãos no caso Carris é um bom “*case study*” em vários aspectos.

E que não deixa de ser interessante como, por fim, a questão material em causa se apreende ser de muito maior simplicidade do que poderia parecer. Há um regime de direito comunitário especial, aplicável à matéria, com efeito directo, por força do qual basta não ser possível apurar o montante do custo incorrido na execução das obrigações de serviço público para que, a ser concedido o auxílio, o mesmo seja ilegal.

Sofia Ricardo Borges